

RECURSO ESPECIAL Nº 615.628 - DF (2003/0215979-3)

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES: Sr. Presidente e demais colegas, pedi vista dos autos em razão da complexidade da matéria.

Penso que as questões relativas à atuação do Cade devem ser analisadas pelo Judiciário com certa cautela e deferência - que não se confunde com falta de arrojo ou covardia -, afinal trata-se de autarquia judicante formada por integrantes altamente especializados nas temáticas do direito da concorrência.

Daí porque toda e qualquer manifestação desta Corte Superior deve, e assim penso, ser amplamente debatida, justamente porque a sensibilidade do ambiente concorrencial merece alto grau de atenção.

Recebi memoriais da parte recorrida, a empresa General Electric Company, e os confrontei com o voto sempre entusiasmado e rico de S. Exa., o Min. Herman Benjamin, relator, para concluir que, de fato, é caso de dar provimento ao especial.

Declinarei alguns motivos adicionais ao conteúdo já suficiente da sugestão de voto condutor do Min. Benjamin, mas apenas para conferir maior grau de legitimidade à presente decisão colegiada.

Inicialmente, adiro à posição adotada pelo Relator no que tange à perfeita compatibilidade entre a Resolução Cade n. 15/98 e a Lei n. 8.884/94, especialmente no que diz respeito à previsão do art. 54, *caput* e parágrafos, pelos motivos por ele declinados.

No mais, passo a enfrentar o argumento da parte recorrida no sentido de que "o pré-contrato não é o instrumento definitivo criador de obrigações entre as empresas" (fl. 3 dos memoriais).

Com minhas homenagens aos advogados que estão aqui para representar a parte que lhes constituiu, trata-se de precário argumento - em verdade, precaríssimo *para o caso concreto*. Explico.

Sobre o pré-contrato, vem doutrina abalizada e tece as considerações abaixo:

Como regra geral, é característico do contrato preliminar não criar efeitos substanciais, já que seu objeto se reduz, precisamente, à celebração de um contrato futuro (contrato definitivo ou principal), este sim capaz de modificar substancialmente a situação jurídica dos contratantes ainda que se possa convencionar o cumprimento antecipado de algumas das prestações constantes do contrato definitivo. O contrato preliminar gera, pois, uma obrigação de concluir outro contrato, ou seja, uma obrigação de fazer, o seu objeto é a outorga de um contrato definitivo.

[...]

Conforme salienta Antônio Chaves, as partes celebram contrato preliminar quando, por razões de conveniência e oportunidade, não têm interesse em concluí-lo desde logo (*Tratado*, p. 430). [...] Dito de outro modo, o contrato preliminar tem a finalidade de servir como "elemento de segurança para a conclusão do negócio pretendido" (Sérgio de Gody Bueno, *Contrato Preliminar*, p. 72) (Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes, *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. II, 2006, p. 99)

(Breve consideração lateral, mas digna de nota: justamente por conta desta estrutura do pré-contrato é que cai por terra o argumento trazido no memorial no sentido de que, por prever condicionamentos para fechamento do contrato, a *eficácia* do pré-contrato estaria submetida a uma espécie de condição suspensiva, afinal a natureza jurídica do contrato preliminar traz em si, *sempre*, a previsão de requisitos para que, no futuro, a parte venha a efetuar o contrato principal!)

É preciso, portanto, bem delimitar o que está por baixo da argumentação jurídica do recorrente e da recorrida. Acho que a controvérsia fica bem sintetizada quando se perquire o seguinte: embora não implemente modificações substanciais no mundo jurídico das partes pactuantes, o pré-contrato pode abalar a saúde do ambiente concorrencial?

Parece-me que, embora em determinado ponto no tempo o contrato preliminar não modifique emblematicamente o estado jurídico dos envolvidos, pode ele, no futuro, promover os citados "efeitos substanciais".

Em somatório, e como se não fossem suficientes as constatações anteriores, veio a Lei n. 8.884/94, em seu art. 54, sustentando que "[o]s atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma

prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do Cade".

Note-se que o dispositivo não fala em "negócio jurídico" ou "contrato"; fala-se unicamente em "ato". Indo além, o diploma normativo estipula que *qualquer* ato de que possam *eventualmente* resultar prejuízos à livre concorrência deverá ser submetido ao crivo autárquico.

Na espécie, não custa frisar que a empresa recorrida e a Alstom decidiram firmar, finalmente, a aquisição da divisão de turbinas industriais a gás de grande porte, o que importa em ato de concentração. Esta aquisição foi precedida do contrato preliminar controverso.

Sobre o ponto, lembro que doutrina e jurisprudência são uníssonas acerca da aplicação do art. 54 da Lei n. 8.884/94 **não só** aos *atos de concentração*, **mas também** ao que se convencionou chamar de *atos de cooperação*.

Em poucas palavras: mesmo os atos que não necessariamente envolvam as tradicionais figuras típicas dos arts. 220 e ss. da Lei n. 6.404/74 devem ser submetidos ao órgão de garantia da concorrência - e melhor exemplo, neste sentido, seria difícil de achar que não a da própria hipótese dos autos, um contrato de financiamento de tecnologia.

Pois bem: a narrativa dos fatos na forma como engendrada pela própria impetrante (ora recorrida) dá conta de que, *antes da efetiva proposta de aquisição da divisão de turbinas*, havia entre a GE e a Alstom um **contrato de financiamento de tecnologia**.

Tenho dúvidas, portanto, se o próprio contrato de financiamento já não seria o primeiro ato vinculativo entre as partes, na esteira do que dispõe o art. 54 da Lei Antitruste e o art. 2º da (revogada, porém vigente à época dos fatos) Resolução Cade n. 15/98.

Entretanto, *considerando que o próprio Cade reputa o contrato preliminar de aquisição da divisão de turbinas como o primeiro ato de que tratam os referidos dispositivo*, creio ser legítimo, ao menos em uma aproximação perfunctória do tema, que a preexistência de um contrato de financiamento de tecnologia ao menos denota a séria intenção das partes em levar a cabo a operação de concentração, independentemente da alegada previsão contratual de condições suspensivas. (Tem-se, então, outro fundamento para afastar peremptoriamente a alegação da parte recorrida, em memoriais, de que a condição suspensiva seria determinante para afastar a vinculação.)

Em relação a este aspecto, farei outra consideração bem mais adiante.

Sinteticamente, pois, e retornando à linha de argumentação principal, eis o quadro que se delinea: (i) o pré-contrato é um instrumento pelo qual as partes se comprometem a, em outra oportunidade, firmar um contrato definitivo; e (ii) todo e qualquer ato, por mais comezinho que seja, se puder causar arranhos ao ambiente concorrencial, deve ser submetido ao Cade, sob pena de multa (§§ 4º e 5º do art. 54 da Lei n. 8.884/94).

Fica fácil concluir, pois, que embora o pré-contrato não se confunda com o contrato principal, ele figura entre aqueles atos que podem, ao menos em caráter eventual, impor riscos à saúde concorrencial.

Embora não seja de bom tom que o Superior tribunal de Justiça imiscua-se em cláusulas contratuais, penso ser importante destacar que o dito contrato preliminar prevê, inclusive, transferências de ativos (Cláusula n. 2, parágrafo 2.01, alínea *a* - fl. 37, e-STJ).

É sabido que, em mercado relevante como o que subjaz à demanda, a estrutura da empresa e os bens dela componentes ganham relevância conjuntural grande - tanto que, como se verá adiante, o mercado relevante geográfico, embora mundial, conta com apenas 4 empresas, entre elas a GE a Alstom -, uma vez que a entrada de empresas no ambiente da concorrência exige pesados aportes. Se assim é, a transferência de ativo, de *per se*, já seria suficiente para provocar turbulências no mercado.

Finalizando esta linha de pensamento, observe-se que a própria empresa recorrida admite, na inicial, que, ciente do que determina a Lei n. 8.884/94, fez apresentar o pré-contrato (e não o contrato principal) *antes* de implementada todas as condições para o fechamento da operação apenas por extrema cautela (fl. 5, e-STJ) - mas depois do prazo fixado em lei para tanto.

Bem, se empresa estivesse tão certa - como está agora, na via judicial - de que o pré-contrato não vinculava e, assim, não trazia qualquer obstáculo à concorrência, por que, então, submeteu-o ao Cade? Fica a indagação retórica que finaliza esta parte da problemática.

Avalio, agora, outro argumento da parte recorrida (também constante de memoriais): seria absurda a subsunção do ato controverso ao Cade, em caráter preventivo, quando a autoridade concorrencial européia só requereria a apresentação formal do ato depois - e o ambiente europeu seria aquele sobre o qual recairia a maior eficácia do ato.

A Lei n. 8.884/94 implementou um *sistema misto de controles*: o de condutas (arts. 20 e 21) e o de estrutura (art. 54). O primeiro claramente de cunho repressivo, enquanto o segundo ostenta caráter *preponderantemente preventivo*.

Não é verdade, assim, que o sistema brasileiro instituiu apenas um controle *a fortiori*. Não e não: inclusive, no Brasil, o controle de estruturas, essencialmente prévio, ocupa uma posição de maior destaque de o controle de condutas (basta lembrar de casos como AmBev e Nestlè-Garoto, por exemplo) - frise-se, repressivo.

Também é igualmente inverídico que o pré-contrato estabelecido entre as partes, por ter sido firmado no estrangeiro, seria incapaz de gerar efeitos no Brasil.

Em análise técnica do tema, o Sr. Conselheiro Ruy Santacruz concluiu, com apoio dos demais, que "mesmo não possuindo nenhuma subsidiária sediada em território nacional, participavam ativamente do mercado brasileiro, possuindo participação significativa, entre 8% e 9% cada uma, o que torna a operação enquadrável no art. 2º da Lei Antitruste" (trecho recortado do memorial da própria parte recorrida, que, inclusive, reconhece, implicitamente, ser verídica tal informação).

É neste ponto que entra de forma mais pragmática aquela consideração inicial que fiz acerca da necessidade de uma certa deferência em uma matéria tão sensível.

Causa-me certa perplexidade que a instância ordinária afaste considerações de ordem eminente e altamente técnicas pura e simplesmente com o argumento de que "pelo tipo de produto objeto da compra e venda não ter mercado de forma contínua, só funcionando através de encomendas esporádicas" estariam descaracterizados os efeitos no território nacional.

Observo que não se trata, no ponto, de controle de *legalidade* da decisão do Cade, mas de verdadeira digressão sobre *aspectos de mercado*, sobre os quais, salvo melhor juízo, os Conselheiros do Cade estão em posição privilegiada de análise e interpretação em relação aos membros do Poder Judiciário (e, aqui, estou fazendo questão de me incluir).

Ressalto que, como fiz antes, é amplamente possível ao Poder Judiciário falar sobre controvérsias *legais* da decisão do Cade - como, *e.g.*, estamos fazendo agora, ao discutir a validade da compreensão segundo a qual o pré-contrato vincula as partes pactuantes.

No entanto, soa no mínimo temeroso (para dizer o menos) que, ante o posicionamento de uma autarquia especializada em análise de dominação de mercado - como é o Cade, o qual dispõe, inclusive, de órgão colegiado judicante -, venha o Judiciário asseverar, de forma até um pouco simplória e simplesmente desconsiderando todas as informações técnicas constantes

dos presentes autos, que não existe nenhum risco ao mercado brasileiro, sem tecer maiores considerações sobre a controvérsia.

Repito: "deferência" não significa insindicabilidade, mas apenas respeito às análises de cunho técnico realizadas por órgãos que tem a função macro de cuidar de certos bens jurídicos que não se compadecem com a lógica ordinária de atuação do Judiciário.

Concordo, pois, no ponto, com o que disse o Min. Herman Benjamin:

De acordo com o Estudo de Viabilidade encomendado pelo Centro Técnico Aeroespacial do Ministério da Defesa Nacional, realizado em 2003 pela Escola de Administração de Empresas de São Paulo, da Fundação Getúlio Vargas – FGV/EASP, **o mercado mundial de turbinas a gás de grande porte é dominado por quatro grandes empresas: General Electric, Siemens-Westinghouse, Alstom e Mitsubishi.**

[...] A participação das empresas que promoveram o ato de concentração ora analisado era, **em 2003, de 40% para a GE e de 15% para a Alstom.**

Dessa maneira, inegável o fato de que a fusão das empresas é ato de concentração que poderia repercutir no Brasil. (destaques acrescentados)

O mercado relevante geográfico na hipótese é, pois, mundial, sendo incabível falar, de tabela, em inexistência de riscos para o mercado brasileiro - que, por óbvio, está contido no mercado relevante.

Plenamente aplicável, assim, o art. 2º da Lei n. 8.884/94, em razão da previsão de sua parte final.

Aqui, a esta altura, que entendo pertinente fazer uma consideração referente à incidência do art. 54 da Lei Antitruste, fazendo conexão com o que sustentei linhas acima.

A empresa recorrida bate muito, na inicial e nos memoriais ofertados, que a transferência de ativos em território alienígena, bem como a inexistência de filiais no Brasil, afastariam possíveis efeitos no mercado nacional.

Para colocar uma pá-de-cal nesta discussão, lembro que os fatos elencados pela recorrida seriam determinantes como no grau que ela os julga se, e somente se, fosse possível compreender que o art. 54, *caput*, da Lei n. 8.884/94 engloba apenas os atos previstos no § 3º do mesmo dispositivo. Passo a transcrever a norma para melhor enfrentamento:

Incluem-se nos atos de que trata o *caput* aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).

O uso do montante pecuniário em reais faz concluir que, nas situações aí previstas, o faturamento que importa é aquele em território brasileiro. De fato é assim. Leia-se, a propósito, a Súmula n. 1 do Cade (de 2005):

Na aplicação do critério estabelecido no art. 54, § 3º, da Lei n. 8.884/94, é relevante o faturamento bruto anual registrado exclusivamente no território brasileiro pelas empresas ou grupo de empresas participantes do ato de concentração.

E isto seria importante para o presente caso porque, e sobre isto ninguém discorda, a GE e a Alstom não têm filiais aqui - e tampouco o negócio foi aqui fechado.

Ocorre que, na mesma regra, é claro o uso da expressão "incluem-se", o que deixa antever, sem maiores sombras de dúvida, que os atos previstos no *caput* do art. 54 da Lei Antitruste englobam, contêm, os atos previstos no § 3º - nele, pois, *não* se esgotam.

E, para os fins do *caput* do art. 54, pouco importa se as empresas envolvidas têm ou não filial no Brasil, se o contrato preliminar foi ou não avençado no Brasil. Basta, que, *em tese*, o concerto de concentração *possa*, sob qualquer perspectiva, impactar o mercado nacional. Frise-se: basta que, *em tese*, o ato de concentração ou o ato de cooperação possam causar prejuízos à higidez concorrencial.

Digo e enfatizo o caráter abstrato desta avaliação porque só o Cade pode dizer *concretamente* se o ato deve ou não ser submetido ao seu controle. Os interessados devem *sempre e sempre* observar os prazos pontuados na lei e nas resoluções respectivas, sem que, eles próprios, façam este juízo de adequação entre a lei e os atos por elas concertados, sob pena de incidir a multa do art. 54, § 5º, da Lei n. 8.884/94.

Com essas considerações, Sr. Presidente e demais eminentes colegas, também eu voto por DAR PROVIMENTO ao recurso especial para denegar a segurança.
